



**CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DEL ATLÁNTICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA**

Magistrada Sustanciadora:
Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ

**Barranquilla, octubre tres (3) del año dos mil veintidós (2022)
Radicación: 43.650 (08 001 31 53 005 2020 00033 01).**

I. ASUNTO A TRATAR. -

Procede esta Sala Unitaria a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto fechado 22 de septiembre de 2020, adicionado mediante providencia del 5 de octubre de 2020, proferido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Barranquilla, dentro del proceso declarativo promovido por los señores ANDREA CAROLINA GONZALEZ SOTO y NORBERTO BONNA BERMUDEZ contra la sociedad SEPRINCO ARQUITECTURA S.A.S.

II. ANTECEDENTES. –

En el proceso de la referencia, la parte demandante pretende que se declare a la sociedad demandada responsable del incumplimiento de un contrato de obra civil, y, que, en consecuencia, se le condene al pago de la indemnización correspondiente. Se alega además que los defectos constructivos colocan en riesgo la estabilidad, calidad e integridad de la obra civil, y con fundamento en ello, solicitan que se decrete medida cautelar innominada, consistente en que se les autorice para que, a través de un tercero contratista, inicien de forma inmediata las labores necesarias para finalizar la construcción de la vivienda, que incluyen obras de adecuación y demolición que resultaren para corregir los defectos en que dicen incurrió la demandada, pues pretenden evitar el deterioro de los materiales, y para ello, arrimaron al plenario dictamen pericial rendido por un arquitecto, para evidenciar los defectos alegados, y las obras necesarias para mitigarlos.

La demanda correspondió por reparto al conocimiento del Juzgado 5 Civil del Circuito de Barranquilla, que la admitió el 26 de febrero de 2020, sin pronunciarse respecto de la cautela pedida, lo cual sólo hizo hasta el día 22 de septiembre de aquel año, cuando dispuso negar la medida cautelar por considerar que al tratarse de un juicio en el que se pretendía demostrar la existencia y posterior incumplimiento de un contrato de obra, y dado el estado embrionario en que la litis se encontraba, no estaba debidamente acreditada la apariencia de buen derecho exigida para el decreto de la medida previa, pues era necesaria la práctica de pruebas que permitiera definir el asunto.

Luego, a solicitud del interesado, el A-quo adicionó su decisión mediante auto del 5 de octubre de 2020, en el que agregó que *“...la apariencia de un buen derecho...implica que debe estar claro que el derecho legítimamente reclamado existe y le pertenece al demandante, lo cual no se puede apreciar en este momento porque los derechos reclamados devienen de un contrato cuya existencia se va a demostrar en el proceso, por lo que no se puede tener por cierto las características que rodean el contrato, situación que no permite en este momento que se haga un juicio de probabilidad y verosimilitud para así considerar que se da la apariencia de un buen derecho...”*

La decisión antedicha fue recurrida en apelación por parte de los demandantes, recurso que fue concedido en el efecto devolutivo por medio de auto del 28 de enero de 2021, no obstante, la alzada no fue repartida a este Tribunal, sino hasta el día 20 de octubre de 2021.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN Y SUS FUNDAMENTOS. -

Los recurrentes se muestran inconformes con la decisión, pues estiman que en el presente litigio la apariencia de buen derecho que la Jueza de instancia echa

de menos, está dada por la efectiva titularidad que respecto del predio ostentan los actores; propietarios que están solicitando autorización al Despacho para proceder a ejecutar obras en su propio bien, con la intención de evitar un deterioro mayor de la construcción existente, mitigar el daño ocasionado y evitar que el perjuicio se extienda; y, que aun cuando el litigio no versa sobre derecho de dominio, la medida resulta indispensable, para acometer el mantenimiento, cuidado y terminación de la obra civil frustrada; asegurando además, que la realización de las obras que se están solicitando, para nada afectan el desarrollo de este proceso, pues obra en el plenario prueba suficiente - *documental y pericial*- respecto del estado actual de ejecución de las obras y su incidencia en las resultas del proceso, por tanto, autorizar las mismas no afectaran ni alteraran el resultado del juicio; razones por las que solicitan la revocatoria del auto en mención, para que en su lugar se acceda a la medida cautelar deprecada.

IV. PROBLEMA JURIDICO.

Procede resolver, en este caso, si se cumplen los requisitos legales para acceder a decretar la medida cautelar el decreto de la cautelar innominada solicitada por los demandantes, y en consecuencia determinar, si el auto apelado merece o no ser revocado; asunto que se definirá, previas las siguientes. –

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

a) De las medidas cautelares innominadas. -

Las cautelas en los procesos judiciales, son medidas provisionales adoptadas antes, durante o después del desarrollo del proceso, para asegurar o garantizar

la eficacia de los derechos objeto de controversia judicial. En nuestro sistema procesal, aquellas se encuentran detalladas en los artículos 588 y siguientes del C.G.P. y pueden ser de dos tipos:

1. **Nominadas**: es decir, aquellas previstas y reguladas expresamente en el Código General del Proceso, en el cual también se precisa cuáles de ellas son viables para cada proceso en particular, como lo son el embargo, el secuestro y la inscripción de la demanda; y,

2. **Innominadas**: que son aquellas cuyo contenido se encuentra indeterminado, para que sea el juez quien se encargue de disponer aquella que resulte adecuada para el caso específico que esté resolviendo, y que “...estime razonable para la protección del derecho en litigio, impedir su infracción, o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado, o asegurar la efectividad de la pretensión...” como reza el inciso 1º del literal c) referenciado; medidas que pueden adoptarse en los procesos declarativos, en cualquier estado del proceso, desde la admisión de la demanda.

Ahora bien, cuando de medidas cautelares innominadas se trata, la disposición invocada exige que el juez aprecie “...la legitimación o interés para actuar de las partes, y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho...”, como también “...la apariencia de buen derecho, (...) la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente a la solicitada...”, debiendo, además, establecer “...su alcance, determinar su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada” .

En este caso, la señora jueza a-quo negó la medida cautelar innominada peticionada, por considerar ausente el requisito denominado “*apariencia de*

buen derecho” o *“fumus boni iuris”*; expresión respecto de la cual cabe señalar que la jurisprudencia colombiana la identifica como la verosimilitud o probabilidad provisional de que el demandante salga avante con sus pretensiones, como se advierte en sentencias C-490 de 2000, C-379 de 2004 y SU-913 de 2009, y SCT3917-2020 y STC-15244-2019 de la Corte Suprema de Justicia, donde se alude al término como un criterio utilizado para determinar provisionalmente si existen elementos de juicio suficientes que, sin prejuzgar el fondo del asunto, permitan adoptar medidas cautelares mientras se surte el trámite del proceso, sobre la base de la mayor probabilidad de éxito de las pretensiones del demandante; sin perjuicio, claro está, que al realizarse el análisis final del caso, ese derecho que se mostraba creíble o aparente, pueda concluirse desvirtuado por las pruebas legal y oportunamente incorporadas en el proceso.

En ese sentido, para decidir sobre la procedencia de la medida cautelar, el juez debe llevar a cabo un análisis de los hechos y de las pruebas con las que cuenta hasta ese momento, para determinar si de éstas emerge cierto grado de convencimiento acerca de lo reclamado por el accionante, que le permitan acceder al decreto de la cautela.

b) Análisis del caso concreto. -

Descendiendo al análisis del asunto de marras, tenemos que se trata de un proceso verbal declarativo, de responsabilidad civil contractual, en el que la parte actora pretende el reconocimiento de una indemnización por el presunto incumplimiento del contratista demandado en la realización de una obra civil, a título de resarcimiento de perjuicios materiales.

En este contexto, la medida cautelar de autorización a los demandantes para culminar la obra civil a través de otro contratista, se fundamenta en el hecho enunciado por los actores, de que, los avances de obra que alcanzaron a ejecutarse por parte de la sociedad demandada, con los pagos parciales dados por ellos, presentan serias deficiencias técnicas que deben repararse de manera urgente, puesto que de no hacerlo se coloca en riesgo la estabilidad de la estructura, creándose así un riesgo bastante grande de daños a terceros, dado que la obra podría amenazar ruina; y para acreditar tal circunstancia, junto con la demanda aportaron un dictamen pericial suscrito por el perito William Figueroa Iglesias, visible a folios 71 y siguientes del libelo genitor; sin embargo, según lo manifestaron los actores en el hecho vigésimo segundo de la impetración, tenía dos objetivos, i) Establecer los valores de obra (inversión realizada por la sociedad demandada, según las obras ejecutadas en la vivienda) a efectos de determinar si el polo pasivo había incurrido en sobrecostos; y ii) Determinar las deficiencias técnicas de ejecución que se observen en el trabajo constructivo.

En ese sentido, en el dictamen aludido el perito expresó que la experticia tiene por objeto **“...establecer la inversión realizada según las obras ejecutadas de la vivienda en construcción ubicada en Calle 2f No. 21-01 Barrio VILLA CAMPESTRE, Lote D-5 , Conjunto Residencial LOS COCALES.”**, y específicamente, en el ítem # 7 del informe del experto, denominado **“conclusiones y recomendaciones finales”**, el perito indicó que **“El estudio objeto de la presente experticia (sic) no ha sido con el objeto de determinar estudios de laboratorio de la calidad de los materiales, nos limitamos a verificar cantidades (sic) de obra y tolerancias de error de las obras realizadas las cuales se suministraron (sic) en el contenido del presente informe.”** (Resalta la Sala); análisis éste que resulta relevante, porque, si bien es cierto en la demanda se afirma que existe evidencia de

graves defectos constructivos que ponen en riesgo la estabilidad de la obra, cierto también es que no existe concepto técnico que otorgue a este Despacho el convencimiento de que ello es así, pues aunque en el dictamen se hacen una serie de observaciones respecto de inconsistencias constructivas, el mismo perito manifestó que su labor no se direccionaba a determinar calidad de los materiales, pues su dictamen está direccionado a analizar costos de obra y establecer sobrecostos, como en efecto lo hizo, lo que nos permite afirmar que esa experticia no puede servir de sustento a la teoría de la inestabilidad de la obra propuesta por los actores.

Aunado a ello, en la demanda se indicó que el actor efectuó pruebas especializadas (extracción de núcleo a dos columnas de la vivienda) a efectos de determinar la resistencia de las columnas erigidas, y que los resultados de esas pruebas no fueron satisfactorios; empero, no se aportó dictamen de experto que sustente esos dichos, y que permita al Juez tener convencimiento de la inestabilidad de la obra; sumado a que los mismos demandantes aportaron al proceso un informe de visita técnica suscrito por el Ingeniero Claudio Curvelo¹, quien manifiesta que “...al revisar los elementos estructurales, se encontró que la mayoría de los elementos evidencian un buen estado, lo que indica el correcto procedimiento constructivos (sic), sin embargo en algunos elementos como vigas y paneles de losa **presentan inconvenientes de tipo constructivo pero que no presentan compromisos estructurales que pongan en riesgo la estabilidad de la estructura...**” (Resalta el Despacho).

En ese sentido, los graves defectos a que se refiere el demandante, no están, cuando menos en este estado procesal, demostrados al punto de permitir al Juez tener apariencia de buen derecho respecto de las obras que se pretenden realizar, previa autorización judicial, pues el hecho de las graves irregularidades que pongan en riesgo la estabilidad de la obra y amenacen ruina y daños a

¹ Ver página 30 de la demanda

terceros, no está, ni siquiera sumariamente probado; situación que imponía la negación de la medida pedida, como en efecto lo hizo la Jueza de instancia, por lo cual su decisión habrá de confirmarse, con la respectiva condena en costas a los recurrentes.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala Séptima de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley. -

RESUELVE

1°. - **CONFIRMAR** el auto datado 22 de septiembre de 2020, adicionado mediante providencia del 5 de octubre de 2020, proferido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Barranquilla. Con base en las razones expuestas en esta providencia.

2°. - Condenar en costas a la parte apelante, en virtud de que el recurso de apelación le ha sido resuelto de forma desfavorable. Liquidense por la Secretaria del Juzgado de Primer Grado, incluyéndose en aquel trabajo el equivalente a la suma de medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, por concepto de agencias en derecho.

3°. - Por la Secretaría de esta Sala devuélvase el expediente al juzgado de origen, para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ
Magistrada Sustanciadora

Firmado Por:
Vivian Victoria Saltarin Jimenez
Magistrada
Sala 007 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a4ebc047d82b45ab2bb4eb6dc21ca2e9b687b125a77f0b258583a596a89fca37**

Documento generado en 03/10/2022 02:43:28 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>